

A PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO CONDIÇÃO PARA O ‘DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO’: TENSÃO ENTRE NEOLIBERALISMO E O PAPEL GARANTISTA DO JUDICIÁRIO

*THE PREDICTABILITY OF JUDGMENTS AS A CONDITION FOR ECONOMIC DEVELOPMENT:
TENSION BETWEEN NEOLIBERALISM AND THE ROLE OF THE JUDICIARY WARRANTY*

Micheli Pereira¹

Sumário: Introdução; 1 Pesquisas sobre o desempenho do judiciário: visão dos empresários e dos magistrados sobre a ‘imparcialidade’ dos juizes; 2 A previsibilidade das decisões como condição para o desenvolvimento econômico: um olhar a partir da economia; 3 Poder judiciário e legislação vigente na perspectiva do estado neoliberal: a busca pela previsibilidade das decisões; 4 Contornos do estado neoliberal brasileiro e a tensão com a ordem constitucional; 5 O conflito entre a ‘previsibilidade’ e papel garantista do poder judiciário; Referências.

Resumo: No presente artigo buscaremos analisar a tensão que se estabelece entre os interesses de mercado e o papel garantista do Poder Judiciário, no tocante à questão da previsibilidade das decisões judiciais. De um lado o mercado, que busca o menos possível ser afetado pelas decisões judiciais, e de outro o Poder Judiciário, que tem um papel garantista e deve equilibrar as relações sociais, promovendo, sempre que necessário, os objetivos fundamentais da República e os princípios que regem a ordem econômica, especialmente a dignidade humana, sob os ditames da justiça social. Para tanto, apresentaremos os resultados das pesquisas desenvolvidas pelo IDESP, a fim de analisar, de modo especial, a questão da ‘imparcialidade’ e ‘previsibilidade’ das decisões judiciais, e até que ponto o discurso da ‘previsibilidade’, sustentado pelos empresários, Banco Mundial e outros agentes econômicos, não é, na verdade, uma tentativa de diminuição da multiplicidade de decisões que visam, em primeiro plano, a justiça social. Proporemos uma análise de como esse discurso da ‘previsibilidade’, que visa afastar o Judiciário da promoção da justiça social, é compatível com o neoliberalismo. Analisam-se suas principais características, influencia no Estado brasileiro, e (in)compatibilidade com a Constituição Federal de 1988, especialmente no que toca aos princípios que regem a ordem econômica (art. 170, CF) e os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF).

Palavras-chave: previsibilidade; decisões; neoliberalismo; poder judiciário.

Abstract: In this article we will try to analyze the tension that arises between the interests of the market and the role guarantees from the Judiciary, in respect of the issue of predictability of judicial decisions. On one side there is the market, which seeks don't be affected to much by judicial decisions, and another there is the Judiciary, which has a role to balance security and social relations, promoting, if necessary, the fundamental objectives and principles of the Republic governing the economic order, especially human dignity, under the dictates of social justice. In this way, we present the results of research developed by IDESP, to examine, in particular, the question of 'impartiality' and 'predictability' of judicial decisions, and in which point the discourse of 'predictability', supported by business leaders, World Bank and other economic agents, is not actually an attempt to decrease the multiplicity of decisions that aim, in the foreground, the social justice. We will propose an analysis of how this 'predictability' discourse, which aims to remove the judiciary in promoting social justice is compatible with neoliberalism. It examines its main characteristics, influences in the Brazilian state, and the (in) compatibility with the Constitution of 1988, especially with regard to the principles governing the economic order (art. 170, CF) and the fundamental objectives of the Republic (art. 3, CF).

Keywords: predictability; decisions; neoliberalism; judiciary.

Introdução

No presente artigo buscaremos analisar a tensão que se estabelece entre os interesses de mercado e o papel garantista do Poder Judiciário, no tocante à questão da previsibilidade das decisões judiciais. De um lado o mercado, que busca o menos possível ser afetado pelas decisões judiciais, e de outro o Poder Judiciário, que tem um papel garantista e deve equilibrar as relações sociais, promovendo, sempre que necessário, os objetivos fundamentais da República e os princípios que regem a ordem econômica, especialmente a dignidade humana, sob os ditames da justiça social.

Para tanto, apresentaremos os resultados das pesquisas desenvolvidas pelo IDESP (Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo), a fim de analisar, de modo especial, a questão da ‘imparcialidade’ e ‘previsibilidade’ das decisões judiciais, e até que ponto o discurso da ‘previsibilidade’,

¹ Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

sustentado pelos empresários, Banco Mundial e outros agentes econômicos, não é, na verdade, uma tentativa de diminuição da multiplicidade de decisões que visam, em primeiro plano, a justiça social.

Proporemos uma análise de como esse discurso da ‘previsibilidade’, que visa afastar o Judiciário da promoção da justiça social, é compatível com o neoliberalismo. Analisam-se suas principais características, influência no Estado brasileiro, e (in)compatibilidade com a Constituição Federal de 1988, especialmente no que toca aos princípios que regem a ordem econômica (art. 170, CF) e os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF).

1 Pesquisas sobre o desempenho do judiciário: visão dos empresários e dos magistrados sobre a ‘imparcialidade’ dos juízes

Armando Castelar Pinheiro² aponta que, de acordo com uma pesquisa nacional com os médios e grandes empresários, realizada pelo IDESP (Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo), a morosidade da justiça foi considerada o principal problema do Poder Judiciário na atualidade, sendo que de cada 10 (dez) entrevistados, 9 (nove) consideraram a justiça como ruim ou péssima nesse quesito. A pesquisa também se mostrou negativa quanto a seus custos de acesso e regular no tocante à questão da imparcialidade do magistrado na tomada de decisões³.

Consoante se infere da tabela abaixo (tabela 01)⁴, 90,8% dos empresários entrevistados consideraram a agilidade do Judiciário ruim ou péssima, 41,5% entenderam que os seus custos eram ruins ou péssimos e 44,4% afirmaram que a imparcialidade do magistrado quando da tomada de decisões é apenas regular, veja-se:

Opinião dos empresários quanto ao desempenho do judiciário brasileiro

	Agilidade		Imparcialidade		Custos	
	Frequência	%	Frequência	%	Frequência	%
Bom e ótimo	7	1,2	157	26,1	90	15,0
Regular	48	8,1	267	44,4	232	38,5
Ruim e péssimo	540	90,8	154	25,6	250	41,5
Sem opinião	0	0,0	24	4,0	30	5,0
Total	595	100,0	602	100,0	602	100,0

Fonte: Pinheiro (2000)

A mesma pesquisa aponta que, na visão empresarial, o mau funcionamento do Poder Judiciário prejudica seriamente o desempenho da economia do país, tendo 50,2% dos empresários se manifestado nesse sentido. No entanto, consoante demonstra a tabela abaixo (tabela 02)⁵, a maior parte dos entrevistados apontou que o mau funcionamento do aparelho judicial afeta apenas um pouco sua própria empresa:

Impacto do Mau Funcionamento do Judiciário na Economia e na Empresa

	O mau funcionamento do judiciário prejudica a economia?	O mau funcionamento do judiciário prejudica o desempenho de sua empresa?
	%	%
Prejudica seriamente	50.2	25.4
Prejudica um pouco	45.9	66.3
Não prejudica	3.9	7.5
Sem opinião	0.0	0.7
Total	100.0	100.0

Fonte: Pinheiro (2000)

Castelar explica que os empresários responderam dessa maneira porque, de modo geral, “a empresa brasileira está organizada para evitar, de toda forma, qualquer contato com o Judiciário, mesmo que isso implique perder negócios, produzir de forma ineficiente, utilizar máquinas em lugar de trabalhadores, etc.”⁶ Segundo o autor, a economia do país é prejudicada em razão da conduta empresarial

² Economista do IPEA e Professor do Instituto de Economia da UFRJ.

³ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: Timm, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 26-27.

⁴ Idem, ibidem.

⁵ Idem, p. 32.

⁶ Idem, ibidem.

de evitar o Judiciário, e que, muitas vezes, os próprios empresários não têm o claro entendimento de como essa conduta afeta o desempenho e suas empresas⁷.

Ainda no tocante à visão dos empresários sobre o desempenho do Judiciário, foi perguntado a eles se, em havendo melhorias na qualidade nos serviços judiciários, existiria algum reflexo no que diz respeito à produção, investimento e emprego no país. As respostas foram positivas, eis que, para eles, o volume de negócios cresceria 18,5%, o número de contratações aumentaria 12,3%, os investimentos cresceriam 13,7% e a produção de atividades terceirizadas aumentaria em 13,9%, consoante se verifica na tabela que segue, a qual traz um quadro comparativo entre vários países (tabela 03)⁸:

Reação das empresas a uma substantiva melhoria da qualidade do Judiciário (% média simples das respostas das empresas)

Aumento médio em cada variável	Brasil	Portugal	Peru	Argentina	Canadá
Volume anual de investimento	13,7	9,9	9,5	28,0	2,0
Volume de negócios	18,5	9,3	20,5	19,0	2,0
Número de empregados	12,3	6,9	8,2	18,0	-
Investimentos em outros estados/regiões	6,2	6,4	n.a.	23,0	-
Volume de negócios em outros estados/regiões	8,4	7,2	n.d.	n.d.	n.d.
Proporção de atividades terceirizadas	13,9		13,8	15,0	-
Volume de negócios com o sector público	13,7	6,9	17,5	23,0	1,4
Redução de preços	-	2,4	-	-	-

Fonte: C.C. Cabral e A. C. Pinheiro, *A Justiça e seu Impacto Sobre as Empresas Portuguesas*, Editora Coimbra, Portugal, 2003.

Apresentada brevemente a concepção dos empresários no que toca ao desempenho do Judiciário, passa-se a analisar a concepção dos magistrados sobre o assunto. De acordo com outra pesquisa realizada em 2000, também pelo IDESP, com 741 magistrados brasileiros, a maioria deles entendeu que o Poder Judiciário é ‘regular’ no que se refere à agilidade (39,1%), custas (42,4%) e despesas (48,3%), contudo, ‘bom’ no tocante à previsibilidade das decisões (39,5%) e imparcialidade dos juízes (44,9%), conforme se pode verificar na tabela abaixo (tabela 04)⁹:

Avaliação dos magistrados sobre o desempenho do Judiciário

“Como o(a) senhor(a) avalia o Judiciário brasileiro como um todo em relação a”					
	Agilidade	Custas	Despesas*	Previsibilidade**	Imparcialidade
Muito bom	2,0	5,3	1,9	5,5	38,3
Bom	11,5	22,3	15,0	39,5	44,9
Regular	39,1	42,4	48,3	33,9	11,2
Ruim	34,0	21,5	23,6	12,3	2,0
Muito ruim	11,3	6,3	8,0	6,1	0,9
Não respondeu	2,0	2,3	3,2	2,7	2,6

* Despesas com advogados, peritos, etc.

** Entende-se por previsibilidade a capacidade das partes anteciparem a decisão do Judiciário, em especial quando se trata de casos iguais ou semelhantes a outros julgados anteriormente.

Vê-se que, enquanto os empresários entrevistados consideram que a imparcialidade do Poder Judiciário é regular (44,4%), os magistrados consideram tal fator ‘bom’ (44,9%) ou ‘muito bom’ (38,3%), e, para eles, a previsibilidade também é analisada como um fator ‘bom’ (39,5%), divergindo as opiniões entre ambos nesses quesitos.

Consoante dados da pesquisa com os magistrados, antes mencionada, 50,2% deles disseram que apenas ocasionalmente as decisões judiciais são baseadas mais em uma visão política do que em uma leitura rigorosa a lei, enquanto 20,2% afirmam que isso ocorre freqüentemente, ou seja, é inquestionável o fato de que o magistrado não julga apenas com base na lei, por meio da subsunção do fato à norma, mas também de forma substantiva, conforme confirma a tabela que segue (tabela 05)¹⁰:

Freqüência com que as decisões judiciais refletem a visão política dos magistrados (%)

“No sentido oposto, argumenta-se que também o Judiciário se “politicizou” muito nos últimos anos, o que fez com que, por vezes, as decisões sejam baseadas mais nas visões políticas do juiz do que em uma leitura rigorosa da
--

⁷ Idem, ibidem.

⁸ Idem, p. 35.

⁹ PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Raquel (Org.). **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005, p. 252.

¹⁰ PINHEIRO, Armando Castelar. **Magistrados, judiciário e economia no Brasil**, p. 264.

<i>lei. Na sua opinião, com que frequência isso ocorre?"</i>	
Muito frequentemente	3,9
Frequentemente	20,2
Ocasionalmente	50,2
Raramente	20
Nunca	1,9
Não sabe/sem opinião	1,6
Não respondeu	2,2

Outro resultado interessante da pesquisa revela que os magistrados buscam a justiça social, mesmo que isso importe na violação de contratos, o que confirma uma postura de não neutralidade¹¹. Indagou-se aos juízes se: (A) eles entendiam que os contratos deveriam ser sempre respeitados, independentemente de suas repercussões sociais; ou, (B) o juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justificaria decisões que violassem contratos. O resultado foi que 73,1% dos magistrados concordaram com a alternativa B, conforme revelam os números que seguem (tabela 06)¹²:

Em síntese, pode-se dizer que, na visão empresarial, a imparcialidade das decisões judiciais é 'regular', contudo, para os magistrados é um fator 'bom' ou 'muito bom'. Isso apenas demonstra a insatisfação dos empresários com a forma como a magistratura vem se posicionado em suas decisões, quiçá porque, ante a ampliação do mercado, e as políticas neoliberais, são eles os maiores prejudicados, uma vez que a magistratura, conforme se verificou da pesquisa, dá prioridade à justiça social, ainda que isso implique na violação dos contratos ou acarrete em uma leitura menos rigorosa da lei.

A questão da imparcialidade leva ao tema da 'imprevisibilidade' das decisões, fator que é considerado para Castelar prejudicial ao funcionamento do Judiciário e também a economia do país, já que, para ele, "um sistema que funciona bem deve ostentar quatro propriedades: baixo custo e decisões justas, rápidas e previsíveis, em termos de conteúdo e de prazo"¹³, ou seja, a questão da imprevisibilidade é considerada um fator temerário, especialmente diante de um quadro de 'politização' dos magistrados, os quais vêm buscando a justiça social acima de quaisquer outros valores. Sob esse argumento, sustentam os economistas que o Poder Judiciário estaria prejudicando a economia, e, para o desenvolvimento do país, é preciso um Judiciário imparcial, cujas decisões possam ser previsíveis.

Assim, indaga-se: O Judiciário ultrapassa a sua esfera de competência ao buscar a justiça social? Em que medida esse discurso em busca de 'previsibilidade' nas decisões, com o mínimo de intervenção judicial e busca pela justiça social, não se identifica com o ideário neoliberal? Como esse ideário vem influenciando na legislação vigente e que Judiciário é buscado pelo neoliberalismo? Esse ideário é compatível com os objetivos fundamentais da República e os princípios que regem a ordem econômica? O que deve prevalecer: a justiça social ou os interesses econômicos?

2 A previsibilidade das decisões judiciais como condição para o desenvolvimento econômico: um olhar a partir da economia

Armando Castelar Pinheiro e Fábio Giambiagi destacam que a 'norma' deve dar ao indivíduo a possibilidade de calcular as conseqüências de suas ações, já que, na economia, a segurança jurídica demanda que as 'regras do jogo' sejam claras e estáveis. Para os autores, a insegurança jurídica traz mais risco às relações jurídicas e econômicas, pois "as bases em que estas se calcam ficam mais instáveis, seus efeitos mais difíceis de prever, e seus custos e benefícios mais complicados de calcular"¹⁴.

Para os autores, esses fatores desestimulam o investimento, a produtividade e, conseqüentemente, o crescimento econômico, fazendo com que investidores decidam realizar transações em outras jurisdições em que a segurança jurídica seja maior. Acrescentam que isso ocorre com os investimentos em tecnologia, e que, nos setores mais sensíveis, como os de crédito e infraestrutura, a reação à falta de segurança é o aumento dos preços, para compensar os custos de transação e riscos mais altos¹⁵.

¹¹ Em pesquisa desenvolvida por Luiz Weeneck Vianna, indagados sobre a questão da neutralidade do Judiciário, 83% dos magistrados entrevistados responderam que o juiz não é neutro, contra 17% que entenderam o contrário (VIANNA, Luiz Werneck. et. al. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1997, p. 258-260.

¹² PINHEIRO, Armando Castelar. **Magistrados, judiciário e economia no Brasil**, p. 267.

¹³ PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?** p. 25.

¹⁴ PINHEIRO, Armando Castelar; GIAMBIAGI, Fábio. **Rompendo o marasmo: a retomada do desenvolvimento no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2006, p. 192.

¹⁵ Idem, p. 194.

Apontam, ainda, que a ineficiência do Poder Judiciário impacta sobre o progresso tecnológico¹⁶, a eficiência das firmas¹⁷, a qualidade da política econômica¹⁸ e também sobre os investimentos, os quais seriam maiores caso houvesse maior segurança por parte dos empresários de que poderiam contar com o Judiciário para garantir os contratos realizados. Nesse sentido, concluem que “os agentes privados só irão fazer investimentos de longo prazo, altamente especializados, se estiverem seguros que os contratos que garantem suas atividades serão corretamente implementados”¹⁹.

Castelar destaca, em outro de seus trabalhos, que as decisões judiciais têm uma repercussão econômica, a qual os magistrados deveriam compreender melhor. Para ele, a justiça social que os juízes buscam em um primeiro momento pode não ser alcançada em um segundo momento, já que os agentes econômicos são rígidos, dentre outras coisas, pelos sinais dados e à forma de decidir dos magistrados. Nessa lógica, ao buscar a ‘justiça social’ os juízes estariam colaborando para aumentar o desemprego, a informalidade, a taxa de juros, a diminuir o número de imóveis para aluguel, etc., veja-se:

(...) também é importante que os juízes entendam melhor a repercussão econômica de suas decisões. Em particular, que quando eles buscam a justiça social estão mandando sinais e afetando expectativas e comportamentos dos agentes econômicos em geral, no Brasil e no exterior. Assim, precisam entender que aquela justiça que eles buscam pode, num segundo momento, não se verificar, pois os agentes econômicos adaptam-se à forma de decidir do magistrado. Uma justiça que busca privilegiar o trabalhador acaba diminuindo o nível de emprego e aumentando a informalidade. O juiz que favorece os inquilinos diminui o número de imóveis disponíveis para aluguel. O magistrado que beneficia pequenos credores estará em um segundo momento aumentando os juros que lhes são cobrados ou mesmo alijando-se do mercado de crédito. Ainda que a capacidade de reação dos agentes possa ser pequena no curto prazo, ela é razoavelmente alta em prazos mais longos.²⁰

Sob a óptica, a justiça social não deve ser buscada por intermédio do Judiciário, mas “essencialmente por meio da redistribuição da receita de impostos, notadamente através das políticas públicas nas áreas de educação, saúde, habitação etc.”²¹, ou seja, não é papel do Poder Judiciário promover justiça social por meio de uma conduta de não-neutralidade, pois, agindo assim, estaria apenas prejudicando a economia, desrespeitando contratos, aumentando riscos nas transações econômicas e introduzindo prêmios de riscos que reduzem salários, aumentam juros, burocracias e preços em geral²².

3 Poder judiciário e legislação vigente na perspectiva do estado neoliberal: busca pela previsibilidade das decisões judiciais

A preocupação com a previsibilidade das decisões judiciais também é partilhada pelo Banco Mundial, o qual constou no documento técnico nº 319, intitulado ‘O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para reforma’, de autoria de Maria Dakolias, que o Judiciário deve agir de forma previsível e eficiente, uma vez que a sua má atuação reflete diretamente na economia do país, desestimulando transações comerciais, adicionando-lhes riscos e custos, assim como reduzindo o tamanho do mercado, e, conseqüentemente, sua competitividade, veja-se:

A reforma econômica requer um bom funcionamento do judiciário o qual deve interpretar e aplicar as leis e normas de forma previsível e eficiente. Com a emergência da abertura dos mercados aumenta a necessidade de um sistema jurídico. Com a transição de uma economia familiar - que não se baseava em leis e mecanismos formais para resolução de conflitos - para um aumento nas transações entre atores desconhecidos cria-se a necessidade de maneiras de resolução de conflitos de modo formal. As novas relações comerciais demandam decisões imparciais com a maior participação de instituições

¹⁶ “O progresso técnico é muito influenciado pela qualidade dos sistemas legal e judicial, pois são estes que garantem o direito de propriedade intelectual, claramente mais vulnerável à expropriação por terceiros do que ativos físicos” (PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?*, p. 29).

¹⁷ “Porque contratos não são eficientemente garantidos, as firmas podem decidir não executar determinados negócios, deixar de explorar economias de escala, combinar insumos ineficientes, não alocar sua produção entre clientes e mercados da melhor forma, deixar recursos ociosos, etc.” (Idem, Ibidem).

¹⁸ “(...) O judiciário também pode estimular o crescimento reduzindo a instabilidade política econômica. Políticas econômicas voláteis e altamente arbitrárias, ao desestabilizarem as ‘regras do jogo’, desencorajam o investimento e a produção. Um bom sistema judicial contribui para reduzir a instabilidade das políticas ao garantir o cumprimento de compromissos legislativos e constitucionais e limitar o arbítrio governamental” (Idem, p. 31).

¹⁹ Idem, 30.

²⁰ PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?*, p. 40-41.

²¹ Idem, p. 43.

²² Idem, p. 44.

formais. Todavia, o atual sistema jurídico é incapaz de satisfazer esta demanda, forçando, conseqüentemente, as partes a continuar dependendo de mecanismos informais, relações familiares ou laços pessoais para desenvolver os negócios. Algumas vezes isto **desestimula as transações comerciais** com atores desconhecidos possivelmente mais eficientes gerando uma distribuição ineficiente de recursos. Esta situação **adiciona custos e riscos as transações comerciais** e assim **reduz o tamanho dos mercados**, e conseqüentemente, a competitividade do mercado.²³ (grifou-se)

O mesmo documento técnico nº 319, do Banco Mundial, dispõe que um Judiciário ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente, o que significa, dentre outras coisas, que deve existir previsibilidade nos resultados dos processos:

Os governos devem ser capazes de efetivar a aplicação das regras do jogo que foi criado; o judiciário pode proporcionar este serviço garantindo direitos individuais e direitos sobre a propriedade.

Por sua vez, um consistente poder de coerção na execução das leis garante um ambiente institucional estável onde os resultados econômicos a longo prazo podem ser avaliados. Neste contexto, um judiciário ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente o que significa que deve existir: a) **previsibilidade nos resultados dos processos**; b) acessibilidade as Cortes pela população em geral, independente de nível salarial; c) tempo razoável de julgamento; d) recursos processuais adequados.²⁴ (grifou-se)

Em outro documento publicado pelo Banco Mundial, datado de 2003 e intitulado ‘Brasil: acesso a serviços financeiros’, a questão da previsibilidade das decisões judiciais e a conduta de proteção a grupos sociais mais frágeis é criticada, veja-se:

As leis substantivas relativas à proteção legal e judicial dos direitos do credor no Brasil não são muito diferentes daquelas encontradas em outros países de direito civil francês e geralmente são consideradas adequadas pelos credores. Entretanto, os procedimentos legislativos são retardados, com recurso a sucessivas apelações e liminares, o que diminui o valor da proteção legal. Além disso, as **decisões judiciais sobre questões de crédito são percebidas como sendo pró-devedor**, refletindo o ativismo social judicial, às vezes desconsiderando o que está previsto na lei ou no contrato. Consequentemente, a jurisprudência e os padrões de comportamento judicial desempenham um papel tão ou mais importante que a própria lei na regulamentação das questões de crédito.

Especialmente para pequenos empréstimos, os processos judiciais são evitados o máximo possível, devido à incerteza, às despesas e à natureza demorada dos processos judiciais. Em vez disso, depende-se da cobrança extrajudicial por meio de empresas de cobranças, apesar das vantagens fiscais no procedimento através do sistema judicial.²⁵ (grifou-se)

Consoante se pode verificar, o que pretende o Banco Mundial é combater o ‘ativismo social judicial’, que prejudica a aplicação da lei e o cumprimento dos contratos, ou seja, busca combater as decisões tidas como ‘pró-devedor’, que são aquelas em que se quer concretizar a justiça social acima de quaisquer outros valores. Assim, infere-se que o Banco Mundial defende a diminuição da multiplicidade de decisões que possam, “sob o prisma da justiça social, ampliar a incidência de princípios como o da equidade entre as partes ou, ainda, a utilização de normas protetoras do direito do consumidor e do trabalhador”.²⁶

O resultado das exigências do Banco Mundial vem se apresentando no plano legislativo do país, uma vez que a busca por um Judiciário mais célere, previsível e capaz de garantir o direito dos credores, fez com que, por exemplo, fosse aprovada a Emenda Constitucional nº. 45, da Reforma do Judiciário, a qual prevê, dentre outros institutos, a Súmula Vinculante. Esse instituto tem por objetivo “aumentar a celeridade e a segurança do Judiciário, atendendo aos reclamos do mercado global, na medida em que

²³ DAKOLIAS, Maria. **O setor judiciário na América Latina e no Caribe**: elementos para reforma. Documento Técnico nº 319, do Banco Mundial. Disponível em <http://www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf>. Acesso em 13/1/2010.

²⁴ Idem, ibidem.

²⁵ OLIVEIRA, Marcelo Roseno. A previsibilidade das decisões judiciais como condição para o desenvolvimento econômico no estado liberal brasileiro. In: POMPEU, Gina Marcílio. **Estado, constituição e economia**. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz: Universidade de Fortaleza, 2008, p. 272.

²⁶ COLLAÇO, Rodrigo Tolentino de Carvalho. **Discurso de posse à presidência da associação dos magistrados brasileiros, proferido em 16/12/2004**. Disponível em http://www.amb.com.br/?secao=mostra_discurso&mostra=posse_rodrigo. Acesso em 16/01/2010.

uniformiza a jurisprudência e apressa a solução de lides idênticas”²⁷. Para Sérgio Rocha, apesar de não ser possível afirmar que mecanismos como a Súmula Vinculante possuam inspiração neoliberal, essa legislação mostra uma uniformização jurisprudencial jamais vista, atendendo às exigências de previsibilidade. E, para o autor:

Essa concentração é fundamental para implementação da política neoliberal para o Poder Judiciário. Tomar as decisões previsíveis a partir de um controle vertical das Cortes Superiores, tradicionalmente inclinadas à conservação dos preceitos da segurança jurídica e respeito aos contratos, com mecanismos que vinculem as decisões dos tribunais inferiores é o extrato dos objetivos da reforma do poder judiciário.²⁸

No discurso de posse do magistrado Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço, à Presidência da Associação dos Magistrados Brasileiros, em 16 de dezembro de 2004, em Brasília, este deixou clara a sua posição em relação à Reforma do Judiciário, afirmando que ela está pautada no Documento Técnico nº 319, do Banco Mundial. Destaca, ainda, que o referido documento apresenta uma visão economicista do Judiciário, a partir do qual os valores econômicos prevalecem sobre quaisquer outros, veja-se:

(...) a lógica da reforma sempre esteve pautada pelo documento 319 do Banco Mundial, no qual a visão de sistema judicial é amplamente economicista, voltada para a prevalência dos resultados econômicos sobre os princípios e valores constituídos no âmbito da sociedade de cada país.²⁹

Na mesma linha, Sérgio Rocha entende que existe um ideário bem alinhado, e que:

(...) A tônica destes argumentos e pronunciamentos deixa evidente a preocupação de organismos governamentais brasileiros e instituições internacionais pela efetivação no Brasil dos padrões de atuação do Poder Judiciário, conforme as regras estabelecidas e destinadas à proteção dos credores em geral e dos investidores em particular.³⁰

Ainda no tocante à Emenda Constitucional nº 45, esta previu o ressurgimento das Escolas de Magistratura, dando aos Tribunais Superiores o poder de supervisioná-las, ou seja, cabe agora ao STJ e ao STF “fixar programas e as grades curriculares dos cursos, influenciando diretamente a formação intelectual de todos os magistrados dos tribunais inferiores”³¹. O ressurgimento das escolas também atende às solicitações do Documento Técnico 319, o qual destaca a necessidade de dar ‘treinamento’ ao Poder Judiciário, visando, quiçá, a sua ‘neutralização política’ e ‘conscientização econômica’, veja-se:

(...) os juízes tem tido pouco treinamento antes de assumir suas responsabilidades administrativas ou judicantes. Não obstante, pretende-se evitar a morosidade e imprevisibilidade do sistema. Observa-se como resultado, o amplo reconhecimento da necessidade das reformas em apreço.

(...)

Essa ineficiência na administração da justiça é um produto de muitos obstáculos, incluindo a falta de independência do judiciário, inadequada capacidade administrativa das Cortes de Justiça, deficiência no gerenciamento de processos, reduzido número de juízes, carência de treinamentos, prestação de serviços de forma não competitiva por parte dos funcionários, falta de transparência no controle de gastos de verbas públicas, ensino jurídico e estágios inadequados, ineficaz sistema de sanções para condutas anti-éticas, necessidade de mecanismos alternativos de resolução de conflitos e leis e procedimentos enfadonhos.³²

²⁷ OLIVEIRA, Cecília Barroso de. Neoliberalismo, globalização e direitos sociais. In: POMPEU, Gina Marcílio. **Estado, constituição e economia**. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz: Universidade de Fortaleza, 2008, p. 121.

²⁸ ROCHA, Sérgio. Neoliberalismo e poder judiciário. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 514.

²⁹ COLLAÇO, Rodrigo Tolentino de Carvalho. **Discurso de posse à presidência da associação dos magistrados brasileiros, proferido em 16/12/2004**. Disponível em http://www.amb.com.br/?secao=mostra_discurso&mostra=posse_rodrigo. Acesso em 16/01/2010.

³⁰ ROCHA, Sérgio. *op. cit.* p. 507.

³¹ OLIVEIRA, Cecília Barroso de. *op. cit.* p. 122.

³² DAKOLIAS, Maria. **O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma**. Documento técnico nº 319, do Banco Mundial. Disponível em <http://www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf>. Acesso em 13/01/2010.

Cecília Barroso de Oliveira assevera que também é possível perceber alguma adaptação da legislação trabalhista à filosofia neoliberal. Contudo, na concepção da autora, “discursos a favor do progresso e desenvolvimento têm legitimado mudanças na legislação trabalhista, beneficiando a expansão do capital às custas da redução dos direitos dos trabalhadores”³³. Nesse aspecto, é possível destacar os efeitos que a Medida Provisória 2164/2001 teve sobre os direitos dos trabalhadores, senão vejamos:

Medida provisória 2164/2001 acarretou a flexibilização das leis trabalhistas nos seguintes pontos: a) criou o contrato de trabalho em regime de tempo parcial, permitindo uma jornada de trabalho de até 25 horas semanais, com salário e férias reduzidas proporcionalmente; b) estabeleceu que, em vez de pagamento de horas extras, a ampliação da jornada semanal do empregado será compensada pelo ‘banco de horas’, possibilitando ao empregador adaptar o tempo do empregado de acordo com as necessidades da produção; c) permitiu a suspensão do contrato de trabalho, por dois a cinco meses, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador.

As mudanças, longe de minimizarem o problema do desemprego, servem para: diminuir os vínculos entre os trabalhadores com jornadas de trabalho distintas, causando a desintegração da categoria; reduzir o oferecimento de postos de trabalhos temporários nos períodos em que o mercado exige o aumento da produção; e desonerar o empregador do investimento da qualificação profissional de seu empregado.³⁴

Sérgio Rocha traz também como exemplo a edição da Lei nº 10.820/2003, que faculta aos trabalhadores o desconto em folha de pagamento de empréstimos, financiamentos, e operações de arrendamento mercantil, concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil. Para o autor, esta inovação rompe com o princípio da intangibilidade do salário, consagrado no art. 462, da CLT, e que “a legislação autorizadora permite ampla atuação dos agentes financeiros na celebração dos contratos onde a garantia é o próprio salário do trabalhador”³⁵, ou seja, os interesses dos agentes financeiros são atendidos em prejuízo dos trabalhadores.

Igualmente, para Barroso de Oliveira, leis como a alienação fiduciária em garantia e falência também apresentaram um reflexo do neoliberalismo. A primeira assegura o aumento das garantias do credor e o cumprimento do contrato de compra e venda com reserva de domínio, e a segunda, dá aos credores preferência em relação aos créditos tributários e trabalhistas superiores a cento e cinquenta salários mínimos³⁶, ou seja, deixa de “possibilitar a completa indenização dos trabalhadores com os contratos encerrados por força da falência, a par de propiciar a integral cobertura para o credor civil com garantia real”.³⁷

Constatada a lógica seguida pelo mercado financeiro, as exigências do Banco Mundial e a forma como a legislação do país vem sendo influenciada pelos agentes internacionais, podemos constatar de que modo a política neoliberal deseja que as transformações em nosso sistema legal se implementem e que tipo de Judiciário buscam. Sob a lógica neoliberal, o fator de maior relevância é a economia, ficando os princípios e valores constituídos dentro da sociedade em um segundo plano.

Frise-se, contudo, a Constituição brasileira segue um modelo econômico de bem-estar, segundo o qual “o centro e o fim da atividade econômica é o homem, o qual ocupa o mais elevado grau na escala de valores”³⁸, sendo o Judiciário responsável a proteger os direitos e valores constitucionais, garantindo-os quando violados.

4 Contornos do estado neoliberal e a tensão com a ordem constitucional

Marcelo Roseno de Oliveira assevera que a globalização fez com que a influência neoliberal atingisse a maioria dos Estados Nacionais da América Latina, não tendo sido diferente com o Brasil, o qual teria presenciado nas últimas décadas uma nova forma de organização do Estado³⁹, com base nas

³³ OLIVEIRA, Cecília Barroso de. *op. cit.* p. 122.

³⁴ Idem, p. 122-123.

³⁵ ROCHA, Sérgio. *op. cit.* p. 508-509.

³⁶ OLIVEIRA, Cecília Barroso de. *op. cit.* p. 122-123.

³⁷ ROCHA, Sérgio. *op. cit.* p. 510.

³⁸ LACERDA, Stella Maris Nerone. **Função social da empresa:** um princípio constitucional em construção. Dissertação de Mestrado defendida na Universidade Federal do Paraná no ano de 2002, p. 113.

³⁹ OLIVEIRA, Marcelo Roseno. *op. cit.*, p. 266.

recomendações do Consenso de Washington⁴⁰, que é o Estado Neoliberal. Este último é um movimento de reação contra o Estado Social, “o qual implementava medidas intervencionistas na sociedade e no mercado, garantindo e tutelando os direitos sociais e o bem-estar da população”⁴¹.

Consoante a ideologia neoliberal, a atuação intervencionista do Estado, sob a lógica do Estado Social, representa a destruição da liberdade dos cidadãos e da possibilidade de concorrência, da qual depende a prosperidade de todos⁴². Por isso, diz-se que esta doutrina é o oposto político e ideológico do Estado Social, especialmente porque, para ela, a desigualdade não é considerada ruim, ao contrário do Estado Social, que busca a superação dessas diferenças, não apenas no domínio econômico.

A ideologia do Estado Social, de atuação para a redução das desigualdades, reforçando os direitos sociais, é criticada pelos neoliberais, que a consideram ‘retirar a cidadania’:

Para esta doutrina, a noção de desigualdade é imprescindível ao desenvolvimento da economia e com este desenvolvimento todos se beneficiam, pelo que a desigualdade é benéfica em si, dinamizando o setor econômico. A atuação do Estado na redução das desigualdades, forçando a implementação dos direitos sociais, significa retirar a cidadania de seu beneficiado, passando a ser um tutelado pelo Estado, carente de sua atuação, ao invés de um cidadão.⁴³

Na mesma linha, Milton Friedman, um dos criadores do neoliberalismo, critica os programas de bem-estar, dizendo que muitos deles não deveriam ter sido aprovados, pois retiram dos indivíduos a confiança, os quais passam a ser ‘tutelados’ do Estado:

A maioria dos atuais programas de bem-estar nunca deveriam ter sido aprovados. Se assim tivesse ocorrido, muitos dos indivíduos que agora dependem deles se teriam tornado cidadãos que confiam em si mesmos em vez de menores tutelados pelo Estado. A curto prazo isto poderia ser cruel para alguns, não deixando aqueles mais opção que um trabalho sem atrativo com salários reduzidos. Mas, no final teria sido muito mais humano.⁴⁴

No neoliberalismo, o espaço da esfera pública é extremamente parco, e visa um “Estado mínimo que se incumba de algumas funções reduzidas, desde que elas garantam a liberdade dos indivíduos de comercializarem ou, quem sabe, que garanta uma sociedade de livre mercado em âmbito internacional (...)”⁴⁵. Sob esta óptica, o livre mercado é um produto espontâneo da civilização, tendo o Estado o papel de proteger o livre mercado e não atenuar as suas desigualdades⁴⁶. A liberdade política é equiparada à econômica, tornando-se ambas um desdobramento da liberdade individual, e, sua restrição, é considerada limitação da liberdade civil⁴⁷.

No Brasil, essa mudança pode ser facilmente percebida com a venda de empresas estatais, a abertura comercial e financeira ao capital estrangeiro, a criação de agências reguladoras, a ampliação da abertura do setor da saúde, educação, etc., ao mundo empresarial, à outorga de concessões de serviços públicos ao setor privado, etc. Isso tudo ocorre na lógica neoliberal, a qual deixa à iniciativa privada a produção de bens e serviços, para que o Estado apenas passe a regular os serviços públicos, por meio de suas agências reguladoras, bem como passe a ser provedor de serviços básicos como educação, saúde, segurança e promova a administração da justiça⁴⁸.

⁴⁰ O Consenso de Washington consagrou dez regras básicas: disciplina fiscal; redução dos gastos públicos; reforma tributária; juros de mercado; câmbio de mercado; abertura comercial; investimento estrangeiro direto, com eliminação de restrições; privatização das estatais; desregulamentação (afrouxamento das leis econômicas e trabalhistas); e direito à propriedade. A cartilha é fielmente seguida pelo Brasil, onde se ‘institucionalizou’ o Estado Neoliberal, não obstante a determinação constitucional quanto à adoção de outro modelo de Estado, fundado na erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais (CF, art. 3º, III). (Idem, p. 267).

⁴¹ LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 158.

⁴² ROCHA, Sérgio. *op. cit.* p. 500-501.

⁴³ Idem, *ibidem*.

⁴⁴ FRIEDMAN, Milton. *Apud*. LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 172-173.

⁴⁵ Idem, p. 173-174.

⁴⁶ Idem, *ibidem*.

⁴⁷ ROCHA, Sérgio, *op. cit.*, p. 501.

⁴⁸ “Com efeito, a remodelagem do Estado no Brasil empreendida no período 1987-2002, na esfera econômica, estendeu-se da venda de empresas estatais de diversas áreas, inclusive de infra-estrutura, nos três níveis de governo drástica redução do seu quadro de pessoal; do aumento sem precedentes da carga tributária à criação de agências reguladoras; da ampliação da abertura do setor saúde e educação ao mundo empresarial à outorga de concessões de serviços públicos ao setor privado; da abertura comercial e financeira ao capital estrangeiro à eliminação de históricos monopólios estatais, seguindo a lógica predominante da globalização neoliberal: o

Consoante observa Cecília Barroso de Oliveira, o Brasil tem adotado o neoliberalismo como modelo econômico para tentar se adequar às exigências internacionais de um ‘ambiente propício aos investimentos’, na esperança de inserir-se no mercado globalizado, contudo, tal modelo não se amolda à ordem econômica e ao modelo de Estado almejado pela Constituição Federal de 1988⁴⁹. A autora destaca que a Carta Constitucional optou pelo capitalismo como sistema econômico, porém não escolheu o liberalismo como modelo de economia, estando voltada a um modelo de bem-estar social. Isso pode ser confirmado quando analisados os princípios que regem a ordem econômica⁵⁰ e os objetivos fundamentais da República⁵¹, veja-se:

A Constituição de 1988 fez claramente uma opção pelo capitalismo como sistema econômico, entretanto, em nenhum momento, escolheu o liberalismo como modelo de economia. É certo que o artigo 170 estabelece que a ordem econômica deverá ser fundada na livre iniciativa, mas o mesmo disposto ressalta a necessidade da valorização do trabalho e do asseguramento de uma existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social. Estabelece, ainda, os princípios da livre iniciativa, da propriedade privada, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa do consumidor e do meio ambiente e da redução das desigualdades sociais e regionais. Se a primeira impressão, tais princípios soam como dissonantes, quando analisados dentro de seu contexto geral revelam, na verdade, a orientação da Constituição para um modelo econômico de bem-estar social, em que, ao lado da garantia do direito de propriedade, está a exigência de que esta mesma propriedade cumpra sua função social. A preferência pelo modelo de bem-estar pode ser confirmada nos objetivos fundamentais da República: construir uma sociedade justa, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.⁵²

Na mesma linha de raciocínio, Eros Roberto Grau entende que a Constituição de 1988 definiu um modelo econômico de bem-estar, o que vem desenhado desde os seus arts. 1º e 3º, até quando enunciado no seu art. 170, devendo os planos de governo adaptar-se à Constituição, e não o inverso, como se tem pretendido nos últimos anos⁵³. Para o autor, “a substituição do modelo de economia de bem-estar consagrado na Constituição de 1988 por outro, *neoliberal*, não poderá ser efetivada sem a prévia alteração dos preceitos contidos nos seus arts. 1º, 3º e 170”⁵⁴.

Grau destaca que “há uma marcante contradição entre o neoliberalismo – que exclui e marginaliza – e a democracia, que supõe o acesso de um número cada vez maior de cidadãos aos bens sociais”⁵⁵. Para ele, a “racionalidade econômica do neoliberalismo já elegeu o seu principal inimigo: o Estado Democrático de Direito”⁵⁶. No mesmo sentido, Estefânia Maria de Queiroz Barboza destaca: “(...) numa sociedade heterogênea, desigual e plural como a brasileira, só se poderá falar em democracia quando os direitos sociais básicos dos cidadãos estiverem garantidos”⁵⁷.

Estabelece-se, portanto, uma tensão entre o ‘receituário neoliberal’ e a ordem constitucional, sendo impossível deixar de notar a incompatibilidade entre ambos, especialmente quando se tem em vista os princípios que norteiam a ordem econômica, como a soberania nacional, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais e regionais, o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras, etc. Nesse aspecto, mesmo que se sustente o contrário, é inegável que a Constituição colocou limites ao ideário neoliberal, ou seja, jamais se poderá falar em neoliberalismo pleno no país⁵⁸.

Ressalte-se que o valor fundamental assumido pela Constituição Federal brasileira foi o da dignidade da pessoa humana, e, sob essa perspectiva, os direitos de ordem econômica não podem ser

Estado deixaria à iniciativa privada a produção de bens e serviços, bem como a liderança do processo de desenvolvimento econômico e se tornaria, fundamentalmente, regulador das concessões de serviços públicos, mediante a criação de agências reguladoras especializadas, e provedor subsidiário de funções públicas clássicas como educação para os desafortunados, saúde pública, administração da justiça e segurança” (SOUZA, Juarez de. *Críticas à construção de um estado neoliberal no Brasil (1987-2002: 15 anos de profundas mudanças)*. Disponível em: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047110.pdf>. Consulta em 13/01/2010).

⁴⁹ OLIVEIRA, Cecília Barroso de. *op. cit.* p. 119.

⁵⁰ Leia-se o Art. 170, da Constituição Federal.

⁵¹ Leia-se o art. 3º, da Constituição Federal.

⁵² OLIVEIRA, Cecília Barroso de. *op. cit.* p. 119-120.

⁵³ GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 37.

⁵⁴ Idem, *ibidem*.

⁵⁵ Idem, p. 47.

⁵⁶ Idem, *ibidem*.

⁵⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 18-19.

⁵⁸ SILVA, Alexandre Rezende da. **Neoliberalismo e a constituição federal**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3190>. Acesso em 17/1/2010.

contrapostos aos princípios gerais referendados pela Carta Constitucional, assim como aqueles específicos da ordem econômica, veja-se:

(...) a Constituição Econômica, na Carta de 1988, foi extremamente compatível com os demais princípios estruturais ali consagrados. Há uma implicabilidade harmônica entre os princípios gerais da Constituição e aqueles específicos da ordem econômica e o intérprete não encontra dificuldade em reconhecer a continuidade da disciplina constitucional. Os direitos e as garantias relacionados com a ordem econômica são derivação daqueles impostos como princípios gerais. Assim, o valor fundamental assumido pela Constituição é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III). Todos direitos de natureza econômica e relacionados com a atividade empresarial têm pertinência com esse postulado e não podem ser a ele contrapostos. As faculdades de desenvolver atividades econômicas e de buscar o lucro são instrumentos de realização da dignidade de todas as pessoas humanas envolvidas, sejam os empresários, sejam os demais integrantes da comunidade (direta ou indiretamente relacionados com a empresa).⁵⁹

Apesar da incompatibilidade, a política neoliberal vem sendo implementada em vários níveis, inclusive por meio de reformas constitucionais⁶⁰, e, como se já não bastasse, os agentes internacionais buscam do Judiciário uma atuação ‘previsível’ que, na verdade, revela o seu interesse no sentido de que este Poder passe a ser um “prestador de serviços com imparcialidade, previsibilidade, agilidade, custo de acesso e possibilidade de recurso limitada”⁶¹, a fim de que sejam protegidos os contratos, a propriedade e o investidor. Sob essa perspectiva, indaga-se: Qual é o Judiciário que queremos? Qual é o modelo de economia que adotamos e o mais adequado à nossa realidade?

5 O conflito entre a previsibilidade e o papel garantista do poder judiciário

Na forma como apontado nos itens anteriores, delineia-se o conflito entre a previsibilidade das decisões judiciais e o papel do Judiciário como garantidor de direitos. Estabelecido o conflito, torna-se mais fácil compreender o resultado das pesquisas apresentadas por Castelar Pinheiro, expostas no início do presente artigo. De um lado estão os empresários dizendo que a ‘imparcialidade’ dos juízes é regular, e de outro os próprios magistrados, que, guiados por seu ideário de justiça social, não julgam ser parciais em suas decisões.

Sob essa perspectiva, alguns questionamentos ainda precisam ser respondidos: Seriam os magistrados efetivamente ‘parciais’ ao buscarem a ‘justiça social’? Estariam eles extrapolando a sua esfera de competência ao fazer prevalecer a ‘justiça social’? Essa ‘justiça social’ deve ser implementada apenas por políticas públicas, consoante apontado pelos economistas, ou o Judiciário também deve atuar nesse sentido?

Para Dworkin, a ciência jurídica precisa ter uma atitude interpretativa, em oposição ao caráter descritivo do positivismo ou a visão de direito como sistema⁶². Para ele, o direito não está separado da política e da moral, uma vez que a interpretação jurídica não pode ser evitada pelo juiz quando da análise de um caso, cabendo a este último encontrar a melhor resposta possível para os problemas existentes, a partir de uma análise detida do ordenamento jurídico, com suas regras e princípios subjacentes⁶³.

Dworkin sustenta, portanto, que os princípios são inerentes ao sistema e devem ser perseguidos pelo Judiciário, por meio de uma atitude interpretativa, sendo a argumentação interpretativa “um tipo de argumentação onde os princípios podem ser mais importantes do que as regras, ou do que os objetivos

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Empresa, ordem econômica e constituição**. Revista de Direito Administrativo. n.212. Rio de Janeiro, abril-junho/1998, p. 117.

⁶⁰ No curso do ano de 1995, foram promovidas diversas modificações na redação original da CF/88, nos tópicos atinentes a atividade econômica (em sentido amplo). Apenas para rememorar, a EC nº 5 autorizou a exploração direta ou mediante concessão de serviços de gás canalizado. A EC nº 6 revogou o art. 171 (que previa a distinção de tratamento entre empresas nacionais e estrangeiras e a figura da empresa brasileira de capital nacional), alterando a previsão de tratamento favorecido concedida no art. 170, inc. IX. Ademais, ampliou os limites da exploração de pesquisa e lavra de recursos minerais e potenciais de energia hidráulica. A EC nº 7 modificou a redação do art. 178, eliminando restrições acerca das atividades de transporte, inclusive as restritivas da atuação de estrangeiros no âmbito de navegação de cabotagem. A EC nº 8 eliminou o monopólio estatal no âmbito dos serviços de telecomunicações, prevendo a possibilidade de concessões à iniciativa privada (art. 21, inc. XI e al. ‘a’ do inc. XII). A EC nº 9 introduziu nova redação para o art. 177 e seus parágrafos. Em síntese, determinou-se a extinção do monopólio estatal acerca da pesquisa, refinação e outras atividades relativas a petróleo, gás natural e seus derivados (Idem, p. 123).

⁶¹ ROCHA, Sérgio. *op. cit.* p. 504.

⁶² KOZICKI, Kátia. **Conflito e estabilização**: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. Tese de doutorado defendida na Universidade Federal de Santa Catarina no ano 2000, p. 180.

⁶³ Idem, p. 182.

políticos, uma vez que eles expressam os ideais constitutivos da comunidade política”⁶⁴. Assim, interpretar a lei a partir de princípios não significa discricionariedade, mas apenas apontar quais os princípios aplicáveis a um caso concreto. Contudo, o estudioso destaca que o juiz não está livre para ‘criar’ direito, cabendo a ele sempre servir-se dos princípios constitutivos de uma comunidade, para julgar cada caso concreto⁶⁵.

Ressalta o autor que a Constituição destina-se a proteger os cidadãos contra as decisões que certas maiorias possam tomar, sendo algumas regras precisas e outras não. Estas últimas constituem o que o autor chama de padrões ‘vagos’, os quais se justificam através do apelo aos direitos morais que os indivíduos possuem contra a maioria. Tais direitos reconhecem e protegem os cidadãos, assim como as regras precisas o fazem⁶⁶. Diante disso, uma interpretação estrita do texto da Constituição produziria também uma concepção estreita dos direitos constitucionais, restringindo-os.

Nessa perspectiva, é insustentável dizer que o Judiciário deve limitar-se a aplicar a lei, para não fugir à sua esfera de competência, uma vez que Dworkin nos revela que a interpretação da norma é natural ao juiz, não se concebendo a visão de que este deve pautar-se em “procedimentos interpretativos de bloqueio, pretensamente neutros, vinculados a uma concepção de Estado mínimo e adequados a uma legalidade estritamente positivista”⁶⁷ ou, ainda, que o juiz é apenas a ‘boca da lei’.

Ademais, entende-se que o Judiciário é o aplicador último do direito, cabendo a ele o seu correto cumprimento, ou seja, sendo este negado por outro Poder ou mesmo por um particular, caberá ao Judiciário fazer com que ele seja cumprido. Conforme entendimento de Eros Roberto Grau, o magistrado deve garantir a aplicabilidade imediata ao preceito legal e, em sendo necessário, poderá inovar o ordenamento jurídico, produzindo direito, consoante ditames dos princípios jurídicos, não podendo ser considerado apenas ‘a boca que pronuncia as palavras da lei’, veja-se:

O Poder Judiciário é aplicador último do direito. Isso significa que, se a Administração Pública ou um particular – ou mesmo o Legislativo – de quem se reclama a correta aplicação do direito, nega-se a fazê-lo, o Poder Judiciário poderá ser acionado para o fim de aplicá-lo.

Preceito imediatamente aplicável vincula, em última instância, o Poder Judiciário. Negada pela Administração Pública, pelo Legislativo ou pelos particulares a sua aplicação, cumpre ao Judiciário decidir pela imposição de sua pronta efetivação.

O Poder Judiciário, então, estará, de uma banda, vinculado pelo dever de conferir efetividade imediata ao preceito. De outra, estará autorizado a inovar o ordenamento jurídico suprimindo, em cada decisão que tomar, eventuais lacunas que, não estivesse o preceito dotado de aplicabilidade imediata, atuariam como obstáculo a sua exequibilidade.

(...)

O juiz não é, tão somente, como já observei neste ensaio, a boca que pronuncia as palavras da lei. Está, ele também, tal qual a autoridade administrativa – e, bem assim, o membro do Poder Legislativo –, vinculado pelo exercício de uma função, isto é, de um dever-poder. Neste exercício, que é desenvolvido em clima de interdependência e não de dependência de Poderes, a ele incumbe, sempre que isso se imponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico, até o ponto, se necessário, de inová-lo primariamente. O processo de aplicação do direito mediante a tomada de decisões judiciais, todo ele – aliás – é um processo de perene recriação e mesmo de renovação (atualização) do direito. (...).⁶⁸

⁶⁴ Idem, ibidem.

⁶⁵ Idem, p. 189.

⁶⁶ “A teoria constitucional em que se baseia nosso governo não é uma simples teoria da supremacia das maiorias. A Constituição, e particularmente a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos e Garantias), destina-se a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum. Algumas dessas restrições constitucionais assumem a forma de regras bastante precisas (...). Mas outras restrições assumem a forma daquilo que freqüentemente se chama de padrões ‘vagos’ (...). Os redatores da Constituição presumiram que essas restrições poderiam ser justificadas por meio de um apelo aos direitos morais que os indivíduos possuem contra a maioria, direitos que – afirma-se – disposições constitucionais, tanto ‘vagas’ como precisas, reconhecem e protegem” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 209).

⁶⁷ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 63.

⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 273-274.

Sob essa perspectiva, constata-se que o Judiciário não age com discricionariedade ao buscar a justiça social, uma vez que, no plano econômico, deve ele buscar o equilíbrio das relações jurídicas, protegendo as minorias em face da força do mercado. Ademais, essa prevalência de valores se deve, não por uma opção política, nem em razão de uma dada ‘parcialidade’, mas sim por um dever legal, de cunho principiológico, cujos preceitos estão dispostos no art. 3º, da Carta Constitucional, que estabelece como objetivo fundamental da República a busca por uma ‘sociedade justa’; bem como no art. 170, *caput*, que dispõe que a ordem econômica deve assegurar a dignidade humana, consoante os ditames da ‘justiça social’.

Nessa perspectiva, não pode o Judiciário simplesmente fazer valer as cláusulas de um contrato, ou, então, impor, em prejuízo da parte hipossuficiente na relação jurídica, um dispositivo de lei que lhe gere um prejuízo em desfavor de um dado agente financeiro. Ao contrário, este poder deverá analisar cada caso e, com base na legislação pertinente e, principalmente, observando os princípios que regem a ordem econômica e constitucional de modo geral, proferir decisões pautadas em um ideário de ‘justiça social’.

Não se quer dizer com isso que a questão da imprevisibilidade das decisões judiciais não seja um fator de preocupação e interesse na atualidade, em que todas as instâncias da justiça, inclusive superiores, apresentam decisões conflitantes entre si. Também não se quer negar que a questão da imprevisibilidade reflita na economia do país. Contudo não se pode conceber que a lógica neoliberal busque afastar do Judiciário uma atuação substantiva, pautada na justiça social. Tal poder precisa se manter firme no propósito de cumprir o seu papel institucional, ainda que contrarie a lógica dos investidores⁶⁹, pois não pode este curvar-se aos interesses dos agentes financeiros.

O afastamento do Judiciário de seu papel institucional iria de encontro com a ordem democrática, uma vez que a democracia fundada na Constituição Federal de 1988 está comprometida com o direito das minorias⁷⁰. Para Barboza, a definição do conteúdo de uma norma pelo Judiciário não fere o princípio democrático, ao contrário, lhe dá ainda mais força, uma vez que existe a proteção das minorias e a aplicação dos direitos escolhidos pela própria sociedade no ato constituinte, tornando-a mais justa e solidária.

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto entende que, mesmo diante do quadro de mudanças constitucionais e infraconstitucionais, por conta das políticas neoliberais, o Judiciário deve opor resistência mediante controle de constitucionalidade difuso, bem como se colocar como barreira às tentativas de violação a direitos fundamentais, o que é essencial ao Estado Democrático de Direito, de onde o Judiciário não pode se afastar⁷¹, devendo proteger as minorias e aplicar os direitos escolhidos pela própria sociedade no ato constituinte⁷².

Se a previsibilidade das decisões judiciais é importante, o é em prol da coletividade, não devendo servir de argumento para que agentes econômicos busquem decisões que satisfaçam os seus próprios interesses, afastando o Judiciário de seu papel institucional. Contudo, com isso não se quer dizer que os juízes devam atuar de forma irresponsável, não levando em conta a repercussão econômica de suas decisões; nem mesmo que os interesses econômicos não devam ser observados, ou que não sejam importantes. Ao contrário, entende-se que é necessário buscar em cada caso os valores que devem prevalecer, ponderando-os, consoante princípio da proporcionalidade. De acordo com esse princípio, hierarquizam-se valores em cada caso, de modo a “realizar, de modo mais intenso possível, todos os valores consagrados pelo Ordenamento Jurídico”⁷³, cabendo ao aplicador do direito:

(...) compatibilizar os valores, de molde a permitir que todos sejam realizados e satisfeitos. Quando tal for impossível, deverá escolher a realização do valor de maior hierarquia. Ainda aí, deverá adotar a solução que importe o menor sacrifício possível para o valor de hierarquia inferior (...).⁷⁴

Assim, não há o que se falar em ‘parcialidade’ dos magistrados, mas sim em hierarquização de valores por este poder. Desse modo, é positiva a postura dos magistrados quando dizem que o seu nível de imparcialidade é ‘bom’ e ‘muito bom’, e que buscam a ‘justiça social’, mesmo que isso implique na

⁶⁹ OLIVEIRA, Marcelo Roseno. *op. cit.*, p. 276.

⁷⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 148.

⁷¹ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. O poder judiciário e a influência neoliberal: resistência e transformação. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 198.

⁷² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 148.

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 118-119.

⁷⁴ Idem, *ibidem*.

violação de um contrato ou na aplicação menos rigorosa de um dispositivo de lei. Isso demonstra o compromisso desse poder na busca de suplantar as deficiências do país, sem incorrer em uma atuação político-econômica.

Sobre o tema, merece destaque um trecho do discurso de posse do magistrado Rodrigo Tolentino Collaço, à Associação dos Magistrados Brasileiros, em 2004, em que este destaca que a postura independente e insubmissa do Judiciário, somada ao respeito pelos valores éticos escolhidos livremente pelos brasileiros, poderá ser a grande contribuição dos juízes para conciliar os resultados positivos da economia com a efetiva melhoria das condições de vida da população; bem como que o exercício da jurisdição e a soberania política e jurídica não podem ser obstáculos para aquele que quer verdadeiramente investir no crescimento da nação:

(...) não precisaremos chegar perante os poderosos daqui e de fora para oferecer nossa rendição ao receituário liberal do mercado, jurando que jamais interferiremos na ordem econômica e nos contratos, ainda que abusivos, e que cumpriremos com satisfação o que já aparenta ser uma sina histórica de nação subdesenvolvida e bem comportada.

Parece evidente que devemos nos colocar ao lado de todos os esforços para suplantar as deficiências estruturais do país, sem, contudo, incorrer em qualquer tipo de capitulação política ou jurídica. O desenvolvimento econômico deve ter como fim principal a superação das desigualdades sociais e há de se dar num ambiente de respeito aos valores que a cidadania brasileira entendeu por bem delegar, via sistema legislativo, ao Poder Judiciário. O exercício livre da jurisdição, como reflexo da soberania política e jurídica que a duras penas alcançamos no Brasil, jamais será obstáculo aos que desejam investir verdadeiramente no crescimento da nossa Nação.

Essa postura independente e insubmissa, somada ao respeito pelos valores éticos escolhidos livremente pelos brasileiros, poderá ser a grande contribuição dos nossos juízes para conciliar o desenvolvimento econômico com o combate à desigualdade social do país, vinculando, quem sabe, os resultados positivos da economia com a efetiva melhoria das condições de vida da população.

Por fim, necessário destacar que não serão as políticas econômicas que garantirão a justiça social, e que a estrutura de Judiciário preconizada pelo neoliberalismo não tem a pretensão de diminuir as desigualdades e construir uma sociedade justa e solidária⁷⁵, consoante se verificou no presente artigo. Assim, deve o Estado viabilizar políticas públicas de transformação social, bem como a Justiça não pode ser cega “ao ponto de não perceber que a igualdade formal dos liberais está muito longe da igualdade material que conduz a todos ao mínimo de existência digna”⁷⁶.

Referências

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional:** entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva:** elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COLLAÇO, Rodrigo Tolentino de Carvalho. **Discurso de posse à presidência da associação dos magistrados brasileiros**, proferido em 16/12/2004. Disponível em http://www.amb.com.br/?secao=mostra_discurso&mostra=posse_rodrigo. Acesso em 16/1/2010.

DAKOLIAS, Maria. **O setor judiciário na América Latina e no Caribe:** elementos para reforma. Documento Técnico nº 319, do Banco Mundial. Disponível em <http://www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf>. Acesso em 13/1/2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio.** 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica).** 8.ed. Malheiros: São Paulo, 2003.

⁷⁵ ROCHA, Sérgio, *op. cit.*, p. 518.

⁷⁶ OLIVEIRA, Cecília Barroso de. *op. cit.* p. 127.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Empresa, ordem econômica e constituição**. Revista de Direito Administrativo nº 212. Rio de Janeiro, abril-junho de 1998.

KOZICKI, Kátia. **Conflito e estabilização**: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. Tese de doutorado defendida na Universidade Federal de Santa Catarina no ano 2000.

LACERDA, Stella Maris Nerone. **Função social da empresa**: um princípio constitucional em construção. Dissertação de Mestrado defendida na Universidade Federal do Paraná no ano de 2002.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito**: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MARINHO, Raul. **Prática na teoria**: aplicações da teoria dos jogos e da evolução aos negócios. Saraiva: São Paulo, 2005.

OLIVEIRA, Cecília Barroso de. Neoliberalismo, globalização e direitos sociais. *In*: POMPEU, Gina Marcílio. **Estado, constituição e economia**. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz: Universidade de Fortaleza, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno. A previsibilidade das decisões judiciais como condição para o desenvolvimento econômico no estado liberal brasileiro. *In*: POMPEU, Gina Marcílio. **Estado, constituição e economia**. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz: Universidade de Fortaleza, 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? *In*: Timm, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Raquel (Org.). **Direito e economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar; GIAMBIAGI, Fábio. **Rompendo o marasmo**: a retomada do desenvolvimento no Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 2006.

PINHEIRO, Armando; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 4.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ROCHA, Sérgio. Neoliberalismo e poder judiciário. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais**: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Alexandre Rezende da. **Neoliberalismo e a constituição federal**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3190>. Acesso em 17/1/2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SOUZA, Juarez de. **Críticas à construção de um estado neoliberal no Brasil** (1987-2002: 15 anos de profundas mudanças). Disponível em: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047110.pdf>. Consulta em 13/1/2010.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.